

MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN^{*-**}

*Posición jurídica de los municipios frente al Estado
en la República Federal Alemana y en la República
de Colombia: contribuciones de la doctrina
de Eberhard Schmidt-Assmann*

RESUMEN: El objeto de este capítulo es analizar la posición jurídica de los municipios frente al Estado en Alemania y en Colombia. En la primera parte se examinan las condiciones marco del derecho de municipios, dado que estas pueden determinar la posición jurídica mencionada. En la segunda se indaga si dichas condiciones ofrecen una protección suficiente para afrontar el problema de recentralización administrativa. En el capítulo se indagará si el principio de proporcionalidad es aplicable en las relaciones entre el Estado y los municipios, y si fue confirmada. Así las cosas, la aplicación consecuente del principio de proporcionalidad, del cual se derivaría un mandato de optimización al Legislador de propender a configurar formas organizativas de cooperación, podría erigirse en un mecanismo de protección efectivo de la garantía de administración autónoma y de autonomía municipal, sobre todo frente a los retos que representan las tendencias cada vez más crecientes de recentralización de las tareas municipales en Colombia y en Alemania.

Palabras clave: garantía de administración autónoma del municipio (que en Alemania se llama *Selbstverwaltungsgarantie*, “Garantía de administración autónoma”), autonomía municipal (Colombia), núcleo esencial, principio de proporcionalidad, tendencias de recentralización administrativa, asociaciones y formas de trabajo conjunto entre municipios.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the legal position of municipalities from their standpoint in regards to their State, in Germany and Colombia. In the first part the framework conditions of the right of municipalities will be examined, since these may determine the legal position. The second part investigates if these conditions provide sufficient protection to address the problem of administrative recentralization. In the present article, we will inquire whether the principle of proportionality is applicable in the relations between the State and its municipalities. In that order, the consistent application of the principle of proportionality, from which an optimization mandate could incline the legislator to configure organizational forms of cooperation, would establish a protection

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia y magíster en Derecho Público de la misma universidad. LL. M. de la Universidad de Constanza (Alemania), doctora en Derecho de la Freie Universität Berlin (Alemania). Actualmente es docente investigadora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado. Forma parte de la lista de secretarios de Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.

** Este capítulo se apoya en la traducción del alemán de la conferencia presentada ante el jurado de profesores de la Freie Universität Berlin, en examen doctoral verbal, requisito para optar al título de doctora en Derecho en dicha Universidad. Mis agradecimientos al profesor Martin Ibler y a la Dra. Konstanze Brieskorn por sus comentarios críticos a este artículo.

mechanism towards the effective guarantee of self-government and municipal autonomy, especially facing the challenges posed by the ever-increasing trend of recentralizing the municipal tasks in Colombia and in Germany.

Key words: guarantee of local selfgovernment (Germany), Local autonomy (Colombia): core area, principle of proportionality, administrative recentralisation tendencies, partnerships between local governments.

El profesor Schmidt-Assmann se ha caracterizado en sus escritos por un entendimiento sistemático del derecho público. En especial, en lo que concierne al derecho de municipios, el profesor Schmidt-Assmann no solo se analizó sus relaciones sistemáticas, capaces de ser generalizadas¹, sino también describió las particularidades relativas a la garantía de administración autónoma de dichos organismos territoriales (que en Alemania se llama “garantía de administración autónoma”, *Selbstverwaltungsgarantie*)². Este capítulo, que se circunscribe en ese ámbito del derecho especial del derecho administrativo, tiene por objeto determinar la posición jurídica de los municipios frente al Estado en la República Federal Alemana y en la República de Colombia. La respuesta a esta cuestión jurídica debe buscarse primero en el ámbito la Constitución³.

En la República Federal Alemana la posición jurídica de los municipios frente al Estado está determinada por un complejo normativo que se denomina garantía de administración autónoma del municipio (en Alemania se llama “garantía de administración autónoma”, *Selbstverwaltungsgarantie*)⁴. La disposición más importante de este complejo normativo es el artículo 28, inciso 2, frase 1, de la Ley Fundamental de Bonn (LFB)⁵. De acuerdo con

1 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Kommunalrecht”, en E. Schmidt-Assmann (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14.^a ed., Berlín, De Gruyter Recht, 2004, p. 9 y ss.

2 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, en Peter Badura y Peter Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. II, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, pp. 803 y ss.; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung”, en Peter Selmer e Ingo von Münch (eds.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlín, De Gruyter, 1987, p. 249 y ss.

3 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 250.

4 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 22 y ss.

5 *Ibid.*

este precepto, a los municipios se les debe proteger la garantía de reglar con responsabilidad propia todos los asuntos de la comunidad local en los límites de la ley. El Tribunal Constitucional alemán ha concretizado en especial en su famosa decisión Rastede⁶ (y en la sentencia sobre el derecho municipal de voto para extranjeros⁷) la dogmática del artículo 28, inciso 2, frase 1 LFB, que analizó Schmidt-Assmann en su escrito “Kommunale Selbstverwaltung ‘nach Rastede’”⁸ y que se somete a prueba en este capítulo. En la República de Colombia es el artículo 287 de la Constitución Política Nacional (CPN) el que en especial determina la posición de los municipios frente al Estado. De acuerdo con el artículo 287 CPN, los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

La posición jurídica de los municipios frente al Estado puede determinarse por las condiciones marco del ordenamiento de derecho de municipios. En la primera parte del capítulo se analizarán las mencionadas condiciones jurídicas marco de ambos Estados. En la segunda parte se preguntará si estas condiciones marco ofrecen una protección suficiente para los municipios para afrontar el problema de lo que en Alemania se conoce como *Wanderungsprozess*⁹ o *Hochzonungsprozess*¹⁰. Por *Hochzonungsprozess* se entenderá aquí como la creciente tendencia del traslado de tareas estatales de los municipios a otros titulares administrativos del nivel superior al municipal. Este proceso en Colombia es comparable con las tendencias de recentralización administrativa. El así denominado *Hochzonungsprozess* y los procesos de recentralización administrativa son preocupantes desde el punto de vista de los municipios, porque han conducido a la pérdida de una serie de tareas típicas que tradicionalmente eran competencia del municipio¹¹.

6 Tribunal Constitucional Alemán, decisión de 23 de noviembre de 1988, t. 79, pp. 127 y ss.

7 Tribunal Constitucional Alemán, decisión de 31 de octubre de 1990, t. 83, pp. 37 y ss.

8 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Kommunale Selbstverwaltung nach Rastede”, en E. Franzen (ed.), *Bürger-Richter, Staat: Festschrift für Horst Sandler*, Múnich, Beck, 1991, pp. 121 y ss.

9 OTFRIED SEEWALD, “Kommunalrecht”, en Udo Steiner (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8.^a ed., Berlín, C. F. Müller, 2006, p. 43.

10 Tribunal Constitucional Alemán, decisión de 23 de noviembre de 1988, t. 79, pp. 127, 148.

11 JOHANN CHRISTIAN PIELOW, *Autonomia local in Spanien und kommunale Selbstverwaltung in Deutschland*, Múnich, Vahlen, 1992, pp. 244 y ss.

I. CONDICIONES MARCO DEL DERECHO DE MUNICIPIOS

Las condiciones marco del ordenamiento de derecho de municipios se componen de dos factores¹². El primer factor es la valoración de su posición en la comunidad (A). El segundo factor es el contenido de las normas jurídicas que se relacionan con ella (B). La interpretación de las normas es el factor más importante y puede ser determinado por el primer factor¹³.

A. LA VALORACIÓN DE LA POSICIÓN DEL MUNICIPIO EN LA COMUNIDAD

De la confrontación en ambos países del primer factor, esto es, de la valoración de la posición jurídica del municipio en la comunidad y en especial de la vinculación de la Administración municipal en la estructura organizativa del Estado en Alemania y en Colombia resultan varios aspectos comunes. Los municipios no están marginados de la organización estatal, sino que, como portadores de administración propia en Alemania y de autonomía municipal en Colombia, están integrados en la estructura estatal¹⁴. Dentro de la organización estatal, la Administración municipal forma parte del Poder Ejecutivo y su producción normativa pertenece al derecho administrativo¹⁵. Esta premisa, que parece banal, es importante porque, por un lado, pone de presente que los determinantes constitucionales de los procesos de decisión de la Administración pública también son vinculantes para los municipios y, por otro lado, porque complementa la visión de la Administración estrictamente dominada por la administración del Estado nacional¹⁶. Los municipios son parte integral de la organización administrativa descentralizada. Son titulares de administración estatal mediata. En el caso de Colombia, esto se deriva del artículo 286 CPN, que erige a los municipios como parte integral de la organización estatal en el título relativo a la organización del Estado. De forma similar, en la LFB la administración propia de los municipios, determinada en el artículo 28, inciso 2, frase 2, se encuentra

¹² WALTER KREBS, *Kommunalrecht*, Berlín, 2005 (s. p.), p. 146.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 811.

¹⁶ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 259.

en relación sistemática con la descripción de la estructura organizativa federal (relación entre el Estado Federal y los estados federados) y con el artículo 28, inciso 1, sobre el respeto al principio de Estado de derecho y a los principios electorales¹⁷. De lo anterior se colige que en ambos sistemas un estudio de la posición jurídica de los municipios frente al Estado debe tener en cuenta que el ejercicio de tareas públicas se desarrolla en ejercicio de competencias estatales y no en ejercicio de libertades¹⁸. Además, la posición de los municipios en el Estado se caracteriza por el rango destacado de los municipios frente a otros titulares de administración pública: en Colombia, a los municipios se les garantiza autonomía para la gestión de sus intereses de acuerdo con el artículo 287 CPN. En Alemania, el ejercicio autorresponsable de asuntos de la comunidad local está asegurado por la LFB. Esta posición sobresaliente se justifica por la función similar de la autonomía en Colombia y de la administración propia en Alemania; es decir, el ejercicio descentralizado de tareas públicas¹⁹. Con el fortalecimiento del nivel administrativo descentralizado territorial, los constituyentes de ambos Estados querían responder a las tendencias centralistas del pasado que predominaron durante el régimen nacional socialista en Alemania y durante la vigencia de la Constitución de 1886 en Colombia²⁰. La posición de los municipios en el Estado también está caracterizada por su inclusión en el sistema democrático²¹. En Colombia, por ejemplo, en los artículos 287, 312 y 314 CPN y en Alemania en el artículo 28, inciso 1, según el cual el ordenamiento constitucional en los estados federados debe cumplir el principio democrático. En ambos Estados, los municipios tienen una estructura interna democrática que les transmite una legitimación democrática inmediata²².

A pesar de que las constituciones de Colombia y Alemania emplean términos distintos, los conceptos de autonomía municipal y de administración propia son fundamentalmente congruentes, coincidentes desde el punto de vista de la posición del municipio en la organización estatal. En este sentido, estamos

17 *Ibid.*, p. 251.

18 *Ibid.*, pp. 258 y ss.

19 Alemania: *cfr.* JOHANN CHRISTIAN PIELOW, “Autonomía local in Spanien”, *op. cit.*, pp. 244 y ss.

20 *Ibid.* Para el caso colombiano, por ejemplo, GUSTAVO ZAFRA ROLDÁN, “Informe ponencia para primer debate en plenaria del ordenamiento territorial”, en *Gaceta Constitucional*, n.º 80, pp. 8, 11.

21 WALTER KREBS, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 148.

22 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 812.

de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana, que define la autonomía municipal como “la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley”²³. Por administración propia se entiende en Alemania “la administración de asuntos públicos en la regla propias de un titular independiente subestatal de administración pública en administración propia”²⁴.

Cómo se mostró, los municipios tanto en Colombia como en Alemania son parte integral de la estructura estatal. En ambos sistemas jurídicos los municipios actúan en ejercicio de competencias estatales y no en ejercicio de libertades. La garantía de administración autónoma es un principio estructural del sistema del derecho administrativo normado en la Constitución determinado por los principios de Estado de derecho y de democracia²⁵.

B. EL CONTENIDO DE LAS NORMAS JURÍDICAS

El segundo factor que determina la posición jurídica de los municipios frente al Estado es el contenido de las normas jurídicas que se relacionan con ella. Las normas jurídicas que configuran esta posición jurídica son fundamentalmente el artículo 28, inciso 2, frase 1, de la LFB y el artículo 287 CPN. El artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB ofrece una protección jurídica en tres niveles: una garantía jurídico-subjetiva de naturaleza institucional, la garantía institucional jurídico-objetiva y la garantía de posición jurídico-subjetiva. A continuación se analizará la protección jurídica de cada uno de estos tres niveles, examinando en primer lugar la garantía jurídico-subjetiva institucional de ambos países.

I. LA GARANTÍA JURÍDICO-SUBJETIVA INSTITUCIONAL

La garantía jurídico-subjetiva de naturaleza institucional consiste en que la institución “municipio” como tal debe existir como elemento de la estructura administrativa del Estado²⁶. El denominado derecho en el artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB no puede ser un derecho fundamental. Si los municipios forman

23 *Cfr.* Por ejemplo Corte Constitucional, sentencias C-1152 de 2008 y C-535 de 1996.

24 *Cfr.* WALTER KREBS, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 42.

25 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung”, *op. cit.*, pp. 255 y ss.

26 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

parte del Estado y están configurados como titulares administrativos organizados como personas jurídicas de derecho público, no podrían en principio ser titulares de derechos fundamentales²⁷. La posición sistemática del artículo 28 de la LFB no es una coincidencia. La LFB cambió formalmente la posición de la garantía de administración autónoma municipal de la parte relativa a los derechos fundamentales, como lo preveía la Constitución de Weimar, a la parte concerniente al derecho de organización general de la LFB²⁸. Cuando el artículo 28 LFB no norma un derecho fundamental, se podría formular la pregunta: ¿entonces qué norma? La respuesta es: una garantía institucional²⁹. Esta consiste en que se protege la existencia de la institución como tal³⁰. Esta garantía no es aplicable para el municipio individualmente considerado, sino solo institucional³¹. Debe existir esa forma de organización. Pero el municipio individualmente considerado no está protegido contra medidas del Estado que ordenen su supresión o fusión³². Por ejemplo, de acuerdo con el párrafo 6, incisos 1 y 8 de la Constitución de Municipios del Estado Federado de Brandeburgo (CMEB), el municipio puede ser disuelto o puede ser modificada su delimitación territorial, en contra de su voluntad, solo después de audiencia previa y solo por motivos del bien público³³. En el control de las medidas de valoración, de ponderación y de pronóstico tomadas en una reorganización territorial se examina si las medidas son ostensiblemente irregulares o claramente refutables, si contrarían el ordenamiento constitucional³⁴.

En Colombia, del texto normativo del artículo 287 CPN resulta que los municipios están garantizados institucionalmente. Debe existir esa forma de organización. Ello también se deriva del artículo 311 CPN, que erige al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado. La Corte Constitucional ha empleado el concepto *garantía institucional* para refe-

27 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 806.

28 WALTER KREBS, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 151.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 17.

32 *Ibid.*

33 *Cfr.* EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 814.

34 *Ibid.*

rirse a la autonomía municipal protegida por la Constitución³⁵. Sin embargo, se debe subrayar que el magistrado Humberto Sierra Porto en la aclaración de voto de la sentencia C-1174 de 2004 introdujo elementos para determinar el contenido del término de *garantía institucional*, que lo acercaría al concepto aceptado por la doctrina alemana, al afirmar que dicha garantía consiste en “[...] una prohibición dirigida al Legislador en el sentido de no eliminar o modificar fundamentalmente determinadas instituciones jurídicas de derecho privado –aunque parte de la doctrina también la extiende a ciertas instituciones de derecho público– consagradas en el texto constitucional. Dichas instituciones se convierten de esta manera en límites a la libertad de configuración del Legislador ordinario, el cual no puede vaciarlas de contenido o suprimirlas”.

Como se mostró, tanto la LFB como la CPN consagran una garantía jurídica subjetiva de naturaleza institucional para los municipios. Esta garantía consiste en que la institución “municipio” como tal debe existir como elemento de la estructura administrativa del Estado.

2. LA GARANTÍA DE POSICIÓN JURÍDICO-SUBJETIVA

Consiste en la protección jurídica en caso de violación de los derechos protegidos. Así las cosas, se plantea cómo una vulneración de la garantía de administración autónoma en Alemania y de autonomía municipal en Colombia pueden ser protegidas judicialmente. En Alemania, se reconoce un derecho público subjetivo en favor de los municipios. Un derecho subjetivo se define como todo poder jurídico de hacer exigible los intereses propios atribuidos por un precepto constitucional o legal ante los jueces³⁶. Los derechos son distintos de los derivados de la libertades de derecho fundamental; son más bien obligaciones, y con ello necesariamente también prerrogativas de ejercer competencias estatales³⁷. A los municipios se les otorga, por medio de una serie de configuraciones procesales, la posibilidad de hacer proteger sus posiciones jurídicas y de examinar judicialmente la admisibilidad de un recorte de su garantía de administración autónoma³⁸. De acuerdo con el artículo 93, inciso 1, número

35 Por ejemplo, *cfr.* Corte Constitucional, Sentencia C-937 de 2010.

36 WALTER KREBS, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 152.

37 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 808.

38 *Ibid.*; WALTER KREBS, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 158.

4b, LFB, en concordancia con el parágrafo 91 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, los municipios pueden elevar una queja ante este en caso de que una ley les vulnere el derecho a la administración propia. Esta acción es subsidiaria. Mediante la acción de queja municipal, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución municipal del estado de Brandemburgo, en concordancia con el parágrafo 51, inciso 1, de la Ley del Tribunal Constitucional del Estado de Brandemburgo, los municipios pueden elevar la queja constitucional con la afirmación de que una ley del estado federado les vulnera el derecho a administración propia. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán tiende a reconocerle al Legislador un margen de configuración amplio al examinar si una tarea es un asunto de la comunidad local y en qué medida. El Tribunal analiza si la argumentación de la decisión del Legislador de suprimir una tarea municipal de su campo de tareas puede sostenerse jurídicamente.

En Colombia no existe una acción judicial de queja municipal, que les proporcione de forma expresa y directa a los municipios la posibilidad de demandar una ley que les vulnere la garantía de autonomía municipal. Los municipios tampoco pueden acudir ante la Corte Constitucional por medio de la acción pública de inconstitucionalidad para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto legal³⁹. Aunque la autonomía municipal no le asegura al municipio derecho público subjetivo, esto es, un poder jurídico de hacer exigible los intereses propios atribuidos por un precepto constitucional o legal ante los jueces, se debe tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 241, numeral 4, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. Es posible entonces que cualquier ciudadano pueda promover la acción pública de inconstitucionalidad, por medio de la cual la Corte Constitucional examine un precepto legal tomando como criterio de medida los artículos que conforman el complejo normativo de la garantía de autonomía municipal. En caso de que un alcalde, por ejemplo, como jefe de la Administración municipal, quiera demandar la declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto legal, tiene que ejercitar la acción pública de inconstitucionalidad invocando su calidad de ciudadano y no la de representante del municipio⁴⁰.

39 Corte Constitucional, Sentencia C-275 de 20 de junio de 1996.

40 Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 29 de marzo de 2000.

En conclusión, en Alemania, en caso de vulneración de la garantía de administración autónoma de parte de una ley del Estado federal o del estado federado, el municipio puede elevar frente a la jurisdicción constitucional una acción de queja municipal. En Colombia, en casos de dicha vulneración cualquier ciudadano puede impetrar una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional. El municipio no cuenta con una acción procesal que le permita obtener protección judicial ante una vulneración de su garantía de autonomía municipal.

3. LA GARANTÍA JURÍDICA OBJETIVA

Vinculados a la organización estatal, los municipios disponen de una garantía institucional jurídico-objetiva⁴¹, la cual consiste en la protección de la realización de tareas municipales bajo responsabilidad municipal⁴². En este acápite se analizará primero el campo de garantía del artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB, y del artículo 287 CPN (a) y luego se estudiarán los límites del Legislador al normar dicho campo de garantía (b).

a. EL CAMPO DE GARANTÍA

El campo de garantía de la administración propia de los municipios en Alemania está determinada por dos elementos: la garantía de un campo de tareas y la garantía de su ejercicio bajo su propia responsabilidad⁴³. La garantía se extiende tanto al mandato de configuración del Legislador como a su reserva de intervención⁴⁴. La responsabilidad propia en el ejercicio del campo de tareas consiste en la capacidad de compromiso ciudadano que justifica la realización de las tareas municipales⁴⁵. El artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB les asegura a los municipios un campo de tareas que comprende fundamentalmente los asuntos de la comunidad local. Primero debe definirse que son asuntos de la comunidad local. El término *comunidad* se deriva del adjetivo *común*. El grupo de las palabras

41 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 809.

42 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 25.

43 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 817.

44 *Ibid.*, p. 818.

45 *Ibid.*, p. 820.

Gemein (en español, *común*), *Gemeinschaft* (en español, *comunidad*) y *Gemeinde* (en español, *municipio*) forman parte de la familia léxica de las palabras del latín *communis*, *communio* y *communitas*. Ese vínculo de palabras se compone de *cum*, que significa ‘juntos, conjuntamente’ y de *munus*, que significa ‘tarea, obligación, carga, cargo’. *Munis* era el que estaba obligado a cumplir servicios municipales. *Comunis* es el que pertenece a la comunidad, y por ello está obligado a soportar las cargas municipales. La palabra *Gemeinde* se refiere originariamente a un territorio determinado: *die Allmende*, ‘con propia demarcación’, en el que un grupo de personas tiene derechos comunes⁴⁶. El Tribunal Constitucional alemán ha definido los asuntos de la comunidad local como “aquellas necesidades e intereses que tiene sus raíces en la comunidad local o que tiene una referencia específica en ella”⁴⁷. Esta definición es concretizada por el Tribunal Constitucional Federal por la siguiente conceptualización: los asuntos de la comunidad local son “aquellos intereses que son comunes a los habitantes del municipio, que afectan la vida conjunta de las personas en el municipio político”⁴⁸. Las precisiones conceptuales citadas dejan preguntas abiertas porque los elementos que contienen las definiciones son extremadamente vagos y hacen referencia a criterios sociológicos, geográficos e históricos que son objeto de valoración. Ejemplos se encuentran en el derecho de planeación urbana. Los lugares y los trazos regionales de las más significativas plantas de abastecimiento y de tráfico cruzan siempre territorios de varios municipios. Es discutible entonces, si la planeación urbana sobrerregional de estas instituciones es un asunto de la comunidad local. La definición de asuntos de la comunidad local debe, por lo demás, permanecer abierta, porque hay varias instancias que están habilitadas para concretizar este concepto⁴⁹. Las instancias mencionadas son, en primera línea, los mismos municipios y el Legislador, por ejemplo, en el caso de sustracción de tareas. Las garantías del campo de tareas y de la responsabilidad propia solo pueden entonces definirse en función de su configuración legal⁵⁰.

Del texto del artículo 28, inciso 2, frase 1, se desprende que los municipios tienen primacía para normar los asuntos de la comunidad local frente a la competencia estatal. También la interpretación histórica conduce de manera

46 WALTER KREBS, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 6.

47 Tribunal Constitucional alemán, decisión de 23 de noviembre de 1988, t. 79, pp. 127, 151.

48 *Ibid.*, p. 152; Tribunal Constitucional alemán, decisión de 12 de julio de 1960, t. 11, p. 266, 275 f.

49 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung*, *op. cit.*, p. 810.

50 *Ibid.*, p. 818.

parcial a este resultado. Esto lo demuestra la circunstancia de que diferentes constituciones de los estados federados, y en especial las que son más antiguas que la LFB, condicionan la sustracción de competencias al lleno de condiciones materiales difíciles. El reconocimiento de la primacía de los municipios para cumplir las tareas corresponde también a una interpretación teleológica del artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB, que es expresión del principio de un ejercicio descentralizado de tareas. En Colombia, el artículo 287 CPN les asegura a los municipios autonomía para el ejercicio de sus intereses propios. Normas competenciales de rango constitucional son, por ejemplo, los artículos 311, 356 y 288 CPN. De acuerdo con el artículo 311, los municipios cumplen las siguientes tareas: prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que les asignen la Constitución y las leyes. Ejemplo de estas leyes es la Ley 1551 de 2012, que en el artículo 6.º (que modificó al artículo 3.º de la Ley 136 de 1994) dispone las funciones de los municipios. Norma competencial de rango legal es la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT), que en el artículo 29, numeral 4, estableció las competencias del municipio en materia de ordenamiento del territorio. En Colombia los municipios tienen primacía en el ejercicio de las tareas, que han sido asignadas por la Constitución y por las leyes. Su competencia, en el ejercicio de las tareas municipales, incluye la interpretación de los elementos configuradores de las normas competenciales. Esto resulta de una interpretación teleológica-funcional del artículo 287 CPN, que exige una realización de las tareas públicas de forma descentralizada y que sirve a la legitimación democrática del nivel administrativo local. De esta manera, la lógica estrictamente kelseniana encuentra un límite en materia de autonomía municipal: esto significa que las normas que expiden las autoridades locales, al ejercer las competencias derivadas del campo de tareas garantizado por la autonomía municipal, no se encuentran sujetas, necesariamente a las leyes que hayan regulado las mismas materias⁵¹. Al Legislador, de acuerdo con el artículo 136, inciso 1, CPN, le está prohibido inmiscuirse por medio de leyes en los asuntos que son competencia privativa de otras autoridades. De esta forma, le está vedado dictar normas cuyo alcance supere e invada el espacio reservado por las disposiciones constitucionales que

51 Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2001.

protegen la autonomía municipal a los municipios⁵². La ruptura de la estructura jerárquica del sistema normativo, rigurosamente kelseniana, se pone de presente en el campo del derecho urbanístico. En esa materia, aunque la Constitución y las leyes (por ejemplo la ley 9.^a de 1989 y la ley 388 de 1997) tienen carácter vinculante, el precepto normativo que determina la planificación y el control urbanístico es un acto administrativo: el plan de ordenamiento territorial⁵³.

Se mostró que el artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB les asegura a los municipios un campo de tareas que comprende todos los asuntos de la comunidad local. También en Colombia se les garantiza por medio del artículo 287 autonomía para el ejercicio de sus intereses.

b. LOS LÍMITES DEL PODER DISCRECIONAL DEL LEGISLADOR

De los textos de los preceptos del artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB, y el artículo 287 CPN se desprende que el campo de tareas del municipio puede ser afectado por una ley. El Legislador tiene, por un lado, competencias de cualificación, que incluyen facultades de tipificación y de estimación y que consisten en su potestad de aclarar los casos en los cuales una materia no puede ser catalogada como asunto de la comunidad local; por otro lado, también dispone de competencias de intervención para trasladar materias que pertenecen al campo de tareas del municipio a otras instancias administrativas⁵⁴. Las palabras “en el marco de las leyes” en la LFB y “dentro de los límites de la Constitución y la ley” en la CPN no pueden sin embargo significar que al Legislador le pueda afectar de cualquier manera el campo de tareas del municipio. A continuación se analizará si la teoría del núcleo esencial y el principio de proporcionalidad pueden considerarse los límites a los que el Legislador alemán y el colombiano estarían sometidos al tomar medidas que pudieran afectar la garantía de administración autónoma de los municipios.

⁵² *Ibid.*

⁵³ VÍCTOR LEMUS CHOIS, *Planificación y control urbanístico*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 138.

⁵⁴ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 820.

— EL NÚCLEO ESENCIAL

En el artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB, se determina, mediante las palabras “debe ser garantizado”, que se prohíbe vaciar de contenido la garantía de administración autónoma de tal manera que el municipio pierda la oportunidad de realizar de forma efectiva las tareas de las cuales es competente. El Legislador no debe eliminar ni jurídicamente ni *de facto* el derecho de administración propia de los municipios. El Tribunal Constitucional Federal alemán y la Corte Constitucional hablan de un *núcleo esencial* que el Legislador no puede vulnerar. A continuación se indagará el contenido del concepto de núcleo esencial y del principio de *Allzuständigkeit* (universalidad).

Definición de núcleo esencial. En Alemania, la historia de la génesis del artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB, muestra que de acuerdo con la voluntad del constituyente, hay un campo nuclear que no puede ser afectado por el Legislador. En los protocolos del Consejo Parlamentario hay indicios de que el constituyente quería originalmente definir el derecho de administración propia. A la esencia de la Administración propia pertenecería el derecho de ejercer de manera autorresponsable los asuntos de la Administración local. Esta propuesta de definición, en últimas, no fue aceptada. El Tribunal Constitucional Federal afirma que no es posible que el contenido del núcleo esencial de la administración propia de los municipios sea determinado por un catálogo de tareas de materias preestablecido o por un catálogo que se pueda definir de acuerdo con criterios fijos. Como descripción de las diferentes modalidades del ejercicio de las tareas municipales, que formarían parte del núcleo esencial del elemento de la responsabilidad propia, se han desarrollado los conceptos de soberanía financiera, facultad soberana de planeación urbana, facultad soberana de organización y facultad de función pública⁵⁵. La competencia soberana financiera, que existe frente a los habitantes, consiste en la atribución del manejo autorresponsable de los egresos e ingresos del municipio⁵⁶. También formaría parte del núcleo esencial la competencia soberana de planeación urbana; esto es, la potestad del municipio de ordenar y configurar de manera autorresponsable el territorio municipal⁵⁷. De igual manera, el núcleo esencial estaría conforma-

55 *Ibid.*, p. 821.

56 *Ibid.*, pp. 823 y ss.

57 *Ibid.*, p. 822.

do por la facultad soberana de organización; esto es, la potestad de configurar de manera autorresponsable las competencias procedimentales y de decisión para el ejercicio de sus tareas⁵⁸. La facultad de función pública consiste en la facultad de elegir por sí mismo los servidores públicos, de nombrarlos y de promoverlos. Una definición precisa del núcleo esencial es difícil. La dificultad de definir el concepto de núcleo esencial no ha sido obstáculo para que en la doctrina se hayan intentado realizar precisiones conceptuales. Así por ejemplo, Stern define el contenido esencial como lo esencial de una institución que uno no pueda extraer de ella sin cambiar su estructura y tipo⁵⁹. En esa medida, la historia y el campo de configuración propio que permanece desempeñarían un papel importante en la determinación del núcleo esencial⁶⁰.

En Colombia, si bien es cierto no hay ninguna formulación positiva de la que se desprenda que el núcleo esencial de la autonomía municipal representa un límite del Legislador; sin embargo, las palabras “dentro de los límites de la Constitución y la ley” no pueden significar que al Legislador le sea posible realizar cualquier limitación al campo de garantía municipal. Como se indicó *ad supra*, del texto normativo del artículo 287 CPN resulta que los municipios están garantizados institucionalmente. Esa forma de organización debe existir en el ordenamiento jurídico. Una forma de organización estatal solo puede existir cuando puede ejercer sus propias competencias. De esto resultaría que debe haber un núcleo esencial de tareas que permanezca para los municipios y que el Legislador no pueda vulnerar. El núcleo esencial es determinado, entre otros, por el artículo 287 CPN⁶¹, de acuerdo con el cual los municipios tienen los siguientes derechos: gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales. El artículo 28, inciso 1, de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial⁶² (Ley 1454 de 2011) establece que los municipios tendrán autonomía para determinar su estructura interna y organización administrativa central y descentralizada, además del establecimiento y distribución de sus funciones y recursos para el adecuado cumplimiento de sus deberes constitucionales. Con

58 *Ibid.*

59 KLAUS STERN, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2.^a ed., t. 1, Múnich, Beck, p. 417.

60 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 819.

61 *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias C-535 de 1996 y C-579 de 2001.

62 En adelante, LOOT.

fundamento en estos preceptos resulta que hay un campo nuclear de garantía de la autonomía municipal. Sin embargo, una definición exacta del núcleo esencial también es difícil en Colombia. De la misma forma, la Corte Constitucional entiende que el Legislador no puede afectar la autonomía municipal en su núcleo esencial. El Legislador no puede proferir preceptos legales que vacíen dicha atribución en su núcleo esencial⁶³. En varias sentencias la Corte Constitucional ha delimitado de forma positiva y negativa el contenido del núcleo esencial de la autonomía municipal en Colombia. El núcleo esencial de la autonomía estaría constituido, en primer término, por los elementos indispensables de la propia configuración del concepto: el núcleo esencial supone la capacidad de gestionar los intereses propios; es decir, la capacidad de expedir una regulación particular para lo específico de cada localidad y satisfacer sus propios intereses mediante sus propias autoridades⁶⁴. Así, se ha establecido que el núcleo esencial se vulnera cuando se definen específicamente las funciones que los municipios deben cumplir sin dejar margen de decisión a las autoridades municipales. Por ejemplo, se ha decidido que unas disposiciones legales, que regulen exhaustivamente la materia de la publicidad exterior visual en todo el territorio nacional, vaciarían de contenido la competencia asignada a los concejos municipales en materia de protección del derecho al paisaje⁶⁵. De igual manera, la Corte Constitucional ha determinado que se vulnera el núcleo esencial también cuando el poder central decide transferir en su totalidad las responsabilidades de la nación, sin el acompañamiento de los medios y recursos necesarios para atenderlos eficientemente⁶⁶. Igualmente se ha precisado que el núcleo esencial de la autonomía está conformado por la autonomía presupuestal; esto es, por la posibilidad de elaborar su propio presupuesto de rentas y gastos y de ordenar y ejecutar los recursos apropiados conforme a las prioridades que él mismo determine; de esta forma, una disposición legal que estableciera específicamente qué partidas deben ser reducidas o aplazadas vulneraría dicho núcleo esencial⁶⁷. Dicho núcleo esencial también se vería afectado por el diseño de una política de saneamiento fiscal que no consultara las realidades de cada organismo territorial, les limitara de forma indebida a las autoridades

63 Corte Constitucional, Sentencia C-837 de 2001.

64 *Ibid.*

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*

67 Corte Constitucional, sentencias C-192 de 1997 y C-837 de 1991.

municipales la posibilidad de orientar sus recursos y les restara espacio político a los municipios para fijar sus prioridades⁶⁸. Resultaría válido, entonces que el Legislador previera la posibilidad de realizarle recortes, aplazamientos o supresiones al presupuesto; pero debe quedar a salvo el núcleo esencial de la autonomía, que consiste en fijar políticas, atender el plan de gobierno, señalar prioridades en la ejecución del presupuesto y atender las necesidades de participación de acuerdo con cada realidad⁶⁹.

En síntesis, tanto en Alemania como en Colombia hay un campo nuclear de la garantía de administración autónoma y de la autonomía de los municipios que no puede ser afectado por el Legislador. Una definición de núcleo esencial de la mencionada garantía es difícil tanto en Alemania como en Colombia.

El principio de Allzuständigkeit (universalidad). En Alemania, para limitar el campo de configuración legal por medio de un campo nuclear invulnerable, es aplicable el principio de *Allzuständigkeit* (universalidad). A pesar de que este principio no se encuentra en la LFB, sin embargo resulta del análisis de la génesis del artículo 28 LFB. El ordenamiento prusiano de las ciudades de 1808 les reconocía, desde entonces, la competencia a las ciudades de reglar todos los asuntos de la comunidad local que no hubieran sido transferidos a otros titulares de la Administración pública y sin que existiera un título de competencia especial. Esta facultad de los municipios de asumir, en su campo protegido, aquellas tareas, que hasta el momento no hubieran sido por así decirlo “ocupadas” por otra autoridad administrativa, siguió vigente bajo la aplicación de la Constitución de Weimar como derecho de los estados federados. Allí está el origen del principio de *Allzuständigkeit* (universalidad). De los protocolos del Concejo Parlamentario se desprende que el Constituyente renunció a la posibilidad de realizar un catálogo taxativo de materias sobre las cuales el municipio gozara de administración propia. En los protocolos se encuentran, por el contrario, indicios de que el Legislador decidió consagrar una garantía de administración autónoma municipal en el sentido de *Allzuständigkeit* (universalidad). De acuerdo con esta, en la medida en que una tarea sea calificada de asunto de la comunidad local, forma parte del campo de protección del artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB; por otra parte, este principio consiste en que el municipio no solo puede actuar con fundamento en una ley, sino que puede

68 Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2001.

69 *Ibid.*

realizar todas las tareas que no se le hayan atribuido a otra autoridad administrativa (espontaneidad)⁷⁰. La universalidad del círculo de tareas del municipio corresponde también a una interpretación teleológica funcional del artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB, ya que la fijación legal o constitucional de un campo de tareas elimina de forma amplia la libre iniciativa del ciudadano de determinar bajo su propia responsabilidad su campo de acción. El municipio debe estar en la posición de gestionar por sí mismo los asuntos que considere que son favorables para el bien de sus miembros.

En Colombia se deriva, por ejemplo, de los artículos 311, 356 y 288 CPN, que se requiere una decisión previa del Constituyente o del Legislador en la que se determinen las competencias del municipio, de acuerdo con la medida de “sus intereses”. Por ello, antes de la expedición de la LOOT, la “espontaneidad” local para el ejercicio de las tareas municipales tenía unos límites estrechos. El municipio requería una autorización constitucional o legal para ejercer sus competencias. Esta situación ahora sería distinta, ya que el párrafo del artículo 28 LOOT introdujo un principio equivalente al de *Allzuständigkeit* alemán, al establecer que los municipios son titulares de cualquier competencia que no esté atribuida expresamente a los departamentos o a la Nación.

En síntesis, se mostró que tanto en Alemania como en Colombia el campo de decisión discrecional del Legislador tiene como límite el núcleo esencial de la garantía de administración autónoma, el cual es determinado por el principio de universalidad.

— EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Se discute si el Legislador, fuera del núcleo esencial de la garantía de administración autónoma y de autonomía municipal, tiene que respetar otros límites. En especial, es objeto de discusión la aplicación del principio de proporcionalidad en la relaciones entre el municipio y el Estado⁷¹. La decisión Rastede del Tribunal Constitucional Federal alemán no mencionó de forma expresa el principio de proporcionalidad. El Tribunal aplicó el *Aufgabenverteilungsprinzip* (principio de reparto de tareas). Según este principio, la primacía que tiene el municipio sobre otras autoridades administrativas en el ejercicio de tareas de los asuntos de la comunidad local solo puede ser quebrantada por

70 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 27.

71 En contra, por ejemplo, Tribunal Constitucional Alemán, t. 91, pp. 228 y 241.

motivos constitucionalmente legítimos⁷², como el interés común. Como lo afirma Schmidt-Assmann, el control judicial de las medidas legislativas, que trasladen el ejercicio de una de dichas tareas a otra autoridad, consiste en un examen de razonabilidad o aceptabilidad de la argumentación del Legislador; de esta manera, el control sería más intenso cuanto mayor fuera la afectación de la substancia de la garantía de administración autónoma⁷³. Al analizar la sentencia Rastede se observa que la exigencia de que la finalidad del Legislador no sea alcanzable con otro medio corresponde al principio de “necesariedad”, que como premisa lógica incluye también el principio de idoneidad, propios del principio de proporcionalidad. De igual manera, el Tribunal exige del Legislador una ponderación entre los motivos que llevan consigo la sustracción de la tarea municipal y el principio de repartición de tareas, que también parte del examen del principio de proporcionalidad. Estos dos indicios nos llevan a concluir que el principio de repartición de tareas es otra forma de etiquetar el principio de proporcionalidad⁷⁴. Esta tesis se confirma al observar que el Tribunal Constitucional Federal utiliza expresamente el término de desproporcionalidad en la mencionada sentencia: “Los motivos de rentabilidad y economía y de la Administración pública solo justifican una ‘Hochzonung’ [esto es, un traslado de competencias del municipio a una entidad administrativa del nivel superior al municipal] en el caso de que la permanencia de la tarea en los municipios conduzca a una elevación desproporcionada de los costos”. El *Aufgabenverteilungsprinzip*, o principio de repartición de tareas, es entonces una nueva forma de etiquetar el principio de proporcionalidad que, por lo demás, antes⁷⁵ de la decisión hito Rastede venía aplicando el Tribunal Constitucional Federal alemán en las relaciones entre Estado y municipio.

En Colombia, como en Alemania, el principio de proporcionalidad es aplicable en las relaciones del ciudadano frente al Estado, y su contenido es determinado por el derecho fundamental individualmente considerado. La relación entre el Estado y el ciudadano es caracterizada por el reconocimiento de unos derechos propios al ciudadano de rango constitucional, que puede

72 WALTER KREBS, “Verfassungsrechtlicher Verortung und Anwendung des Übermassverbotes”, en *Jura*, t. 23, 2001, p. 233.

73 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Kommunale Selbstverwaltung nach Rastede”, en E. Franzen (ed.), *Bürger-Richter, Staat: Festschrift für Horst Sendler*, Múnich, Beck, 1991, pp. 121 y ss.

74 ANDREAS HEUSCH, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Berlin, Duncker, 2003, p. 156.

75 Tribunal Constitucional, decisión de 24 de junio de 1969, t. 26, pp. 228, 241; decisión de 7 de octubre de 1980, t. 56, pp. 298, 313; decisión de 23 de junio de 1987, t. 76, pp. 107, 119 y ss.

hacer efectivos ante al Estado. Otra característica de esta relación es que el ciudadano se encuentra frente al Estado en una relación jurídica externa. Esta relación entre el individuo y el Estado se asemeja a la que existe entre el Estado y el municipio en Colombia. A los municipios se les garantiza autonomía para la gestión de las tareas que son asignadas por la ley y la Constitución. La palabra *autonomía* significa ‘independencia’, y esta (la palabra *independencia*) es un fuerte indicio no solo para el reparto de tareas, sino también para la limitación de los poderes estatales. El municipio es frente al Estado un titular de la Administración pública independiente y está frente al Estado – como una persona natural – en una relación jurídica externa. El Estado no debe recortar, en lo posible, la autonomía de los municipios. Así las cosas, se debe acentuar que la Corte Constitucional colombiana ha reconocido la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio para estudiar la constitucionalidad de un precepto legal que afecte la autonomía del municipio. Un ejemplo es la Sentencia C-318 de 2010. En ella se examinó la constitucionalidad del artículo 18 (parcial) de la Ley 1005 de 2006, que impedía el trámite de especies veniales a los organismos de tránsito que no se encontraran a paz y salvo por conceptos de pagos o contribuciones con el Ministerio de Transporte, el Sistema Integrado de Información sobre Multas y Sanciones por Infracciones de Tránsito (Simit) o con entidades que hubieran recibido, por delegación o por ley, funciones en el tránsito. Las especies veniales son una denominación bajo la cual se agrupan una serie de trámites que se encuentran establecidos en el Código Nacional de Tránsito Terrestre, tales como la licencia de tránsito, la licencia de conducción o la placa única nacional de vehículos y de motos, trámites que, de conformidad con lo señalado, son delegados por el Ministerio de Transporte en los organismos de tránsito de las entidades territoriales⁷⁶. La Corte Constitucional consideró en esa sentencia que el Legislador había intervenido en la autonomía fiscal de las entidades territoriales de una manera desproporcionada, ya que la aplicación de la medida privaba totalmente a la entidad territorial respectiva de la posibilidad de adelantar los trámites y recibir a cambio las correspondientes rentas endógenas, con lo cual las funciones a cargo del organismo territorial se entorpecían de manera notoria y se afectaba de forma grave la autonomía, que, sin recursos, quedaba vaciada de su contenido y reducida a una figuración apenas nominal⁷⁷. Otro ejemplo es la Sentencia C-586 de 1995. En ella se

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-318 de 2010.

⁷⁷ *Ibid.*

examinó la constitucionalidad de los artículos 76 a 81 de la Ley 104 de 1993, que le otorgaban al Gobierno nacional la facultad de ordenar la auditoria de los presupuestos de las entidades territoriales para verificar el uso de los recursos de estas. La Corte Constitucional consideró que si la auditoría se aplicaba sobre todas las actuaciones de las Administraciones territoriales, podría generar ineficiencia y entorpecer de manera perjudicial la función administrativa. Por ello, la injerencia sería desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Para cumplir el objetivo legal, a juicio de la Corte Constitucional, se escogió la medida más restrictiva entre las alternativas posibles capaces de realizar el fin propuesto. En cambio, si la auditoría se aplicaba de manera selectiva y sobre la base de motivos fundados, se restringiría de forma menor y más razonable la autonomía según el fin perseguido y las probabilidades de su efectiva consecución. Por ello, la Corte Constitucional declaró en esta sentencia la exequibilidad de las normas demandadas, de forma condicionada, en el entendido de que la auditoría fuera selectiva y se aplicara siempre que existieran motivos fundados para hacerlo⁷⁸. Otro ejemplo es la Sentencia C-837 de 2001, en la que la Corte Constitucional examinó algunas normas de la ley orgánica de presupuesto. Estas normas determinaban que los gastos de los municipios solo podrían ser financiados con cargo a los ingresos corrientes de libre destinación. De igual manera, enuncian ciertos recursos que no podrían ser destinados a financiar gastos de funcionamiento y establecían un porcentaje máximo de los ingresos corrientes de libre destinación restantes que se podrían destinar a financiar tales gastos. La Corte Constitucional consideró que en casos excepcionales el Legislador estaba autorizado para intervenir en la autonomía financiera y presupuestal de los municipios, por ejemplo, cuando se tratara de la defensa del patrimonio nacional seriamente amenazado o de la estabilidad económica interna y externa. En este sentido, la medida legislativa debe ser proporcional. En el caso concreto, la Corte Constitucional verificó que existía una grave crisis económica por la situación deficitaria de los municipios que justificaba las limitaciones sobre el uso que estos podían darles a los recursos. De igual forma, se consideró que los porcentajes progresivos de limitación de gasto preservaban un amplio margen de autonomía para los municipios frente a la destinación de los recursos con que contaban.

Como lo refiere Schmidt-Assmann, puesto que las garantías del campo de tareas y de responsabilidad propia son determinadas según la configuración

78 Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 1995.

legal, no puede haber un examen de proporcionalidad que controle punto por punto la idoneidad, la “necesariedad” y la proporcionalidad en sentido estricto⁷⁹. Además, si se aceptara la plena aplicación del principio de proporcionalidad, la garantía de administración autónoma y de autonomía del municipio sería prácticamente un derecho igual a un derecho fundamental. El análisis de la evolución histórica del principio de proporcionalidad muestra en el siglo XIX y en la primera mitad del XX que solo los principios de idoneidad y de “necesariedad” valían como directivas de actuación del Estado⁸⁰. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se pudo imponer solo después de 1949⁸¹. Este hecho es entendible si se considera que el principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene su raíz en la pretensión de libertad de derecho fundamental del ciudadano frente al Estado⁸². Esto a su vez habla en favor de aplicar solo el juicio de idoneidad y de “necesariedad” a las relaciones entre el Estado y el municipio, ya que estos mandatos se pueden fundamentar independientemente de los derechos fundamentales por medio de la prohibición de arbitrariedad, que es reconocida en el artículo 3, inciso 1, LFB, y en el artículo 13, inciso 1, CPN⁸³. En este sentido se ha entendido que cuando no existe ninguna relación entre la decisión tomada y las finalidades de dicha decisión o cuando se logre tal finalidad pero en una relación insuficiente, entonces esa norma se considera arbitraria⁸⁴. El principio de proporcionalidad se aplica, entonces, aunque no en toda su extensión, a las relaciones entre el Estado y el municipio. Prueba de que el juicio de idoneidad y de “necesariedad” son vinculantes en las relaciones entre el Estado y los municipios, es el tenor del párrafo 6, incisos 1 y 8, CMEB, ya citado, de acuerdo con el cual, el municipio solo puede, en contra de su voluntad, ser disuelto o ser modificada su delimitación territorial después de audiencia previa y solo por motivos del bien público. Como se observa, esta norma condiciona la decisión del Legislador al logro de una finalidad constitucionalmente legítima; en el caso concreto, los motivos del bien público. La exigencia de que ese fin no se pueda obtener con otro medio

79 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, *op. cit.*, p. 818.

80 WALTER KREBS, “Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung”, *op. cit.*, p. 230.

81 *Ibid.*

82 *Ibid.*

83 WALTER KREBS, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 157.

84 GERHARD LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlín, Verlag von Otto Liebemann, 1925, p. 76.

corresponde al principio de necesidad, que como se indicó *ad supra*, tiene como premisa lógica el examen del principio de idoneidad. Se debe tener en cuenta que esta aplicación es en *todas* las relaciones entre el Estado y el municipio. Es decir, estos principios no vinculan solo al Legislativo cuando profiere leyes que pueden afectar la garantía de administración autónoma o de autonomía de los municipios, sino que también determinan el proceso de toma de decisiones de la Administración pública en ejercicio de su poder discrecional y de los órganos de control.

En síntesis, se debe concluir que el principio de proporcionalidad es aplicable en las relaciones entre municipio y Estado, pero no en toda su extensión. Las intervenciones en la posición jurídica de los municipios protegida por el complejo normativo que conforman la garantía de administración autónoma y de autonomía de los municipios deben examinarse conforme al juicio de idoneidad y de “necesidad”.

II. LAS TENDENCIAS DE RECENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Una vez expuestas las condiciones marco del ordenamiento de derecho de municipios en Alemania y en Colombia, se analizará en este numeral si la interpretación jurisprudencial de estas condiciones marco les ofrece una protección suficiente a los municipios para afrontar el reto de los problemas de *Wanderungsprozess*⁸⁵ o *Hochzonungsprozess*⁸⁶, que se presenta en Alemania y que en Colombia son comparables con las tendencias de recentralización administrativa (A). Estos fenómenos consisten en la creciente tendencia del traslado de tareas estatales de los municipios a otros titulares administrativos del nivel superior al municipal. El así denominado *Hochzonungsprozess* y los procesos de recentralización administrativa son preocupantes desde el punto de vista de los municipios, porque ha conducido a la pérdida de una serie de tareas típicas que tradicionalmente eran del municipio⁸⁷. Luego se analizará en especial si es posible encontrar una solución efectiva al problema de las tendencias de recentralización administrativa de la aplicación consecuente del principio de proporcionalidad (B).

85 Cfr. OTFRIED SEEWALD, “Kommunalrecht”, *op. cit.*, p. 43.

86 Tribunal Constitucional alemán, decisión de 23 de noviembre de 1988, t. 79, pp. 127, 148.

87 Cfr. JOHANN CHRISTIAN PIELOW, *op. cit.*, pp. 244 y ss.

A. INTERPRETACIÓN DE LAS CONDICIONES MARCO

En Alemania, la definición de una tarea como un asunto de la comunidad local o la calificación de una tarea como parte del núcleo esencial de la garantía de administración autónoma ha sufrido un proceso dinámico. Muestra de ello es, por ejemplo, la tarea de suministro de energía por medio de la centralización técnica de un asunto regional o suprarregional o, por ejemplo, el transporte de basuras que se convierte en eliminación suprarregional de basuras⁸⁸. En Alemania, aun cuando el artículo 28, inciso 2, frase 1, LFB, ofrece varios mecanismos para contrarrestar el así denominado *Hochzonungsprozess*, la interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán ofrece una protección limitada. Por un lado, la protección del núcleo esencial comprende solo casos extremos. El hecho de que hasta ahora haya pocas decisiones judiciales que se hayan apoyado en una violación del campo nuclear de la garantía de la administración propia de los municipios es un indicio de que la protección del núcleo esencial es insuficiente. Esto se comprueba, por ejemplo, al leer la decisión Rastede. De acuerdo con el Tribunal Constitucional alemán, a los municipios pertenecientes al circuito de Baja Sajonia, después de la sustracción de las tareas de recolección y eliminación de basuras de su ámbito de competencia, les quedaba aún un campo de acción suficiente para la realización autorresponsable de las tareas municipales. De esta argumentación se observa que si bien es cierto que al municipio le queda un margen de acción para la realización de otras tareas municipales, para la realización de la específica tarea de recolección y eliminación de basuras tal margen de acción es inexistente porque dicha tarea es suprimida del ámbito de competencia del municipio. Por otro lado, el principio de repartición de tareas tampoco ofrece una protección suficiente contra el *Hochzonungsprozess*. Como se indicó *ad supra*, el principio de repartición de tareas consiste en que la sustracción de tareas, que originariamente eran prestadas por el municipio, se autoriza cuando existan motivos del interés común y del aseguramiento de la realización de la tarea de acuerdo con el ordenamiento jurídico. En el caso concreto de la decisión Rastede, por ejemplo, se consideró que estaba justificada la sustracción de las tareas de recolección y eliminación de basuras del ámbito municipal y su traslado al ámbito de competencia de una autoridad administrativa de nivel superior al municipal, como es en Alemania la comarca, ya que estaba justificado por la existencia de motivos de

88 WALTER KREBS, "Kommunalrecht", *op. cit.*, p. 154.

interés común. En vista de la abstracción de los criterios mencionados, debe presuponerse que en el futuro la recentralización de tareas administrativas en Alemania estará a la orden del día.

En Colombia también hay varios casos de recentralización administrativa. Así, por ejemplo, el artículo 4.º de la Ley 1176 de 2007 establece que los municipios deben cumplir los requisitos enumerados en el mismo artículo para ser certificados y poder seguir administrando los recursos del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico y asegurar la prestación de los servicios de una y otro. De conformidad con lo dispuesto por el anterior precepto, por el Decreto 1477 de 2009 y por el artículo 13 transitorio del Decreto 513 de 2010, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios adelantó en 2009 y 2010 el referido proceso de certificación correspondiente a la vigencia de 2008, y como resultado de él fueron descertificados veinte (20) municipios⁸⁹. Efecto de la desertificación es que los recursos de la participación para agua potable del Sistema General de Participaciones de los municipios son administrados por el respectivo departamento, el cual asume la competencia de asegurar la prestación los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico (art. 5.º, Ley 1176 de 2007). Recientemente, el Decreto 1629 de 2012 estableció criterios diferenciales para municipios de acuerdo con su categorización establecida por el artículo 2.º de la Ley 617 de 2000 (aplicable para las vigencias 2011 y 2012) y el artículo 6.º de la Ley 1551 de 2012 (aplicable a la vigencia 2013), a partir de los cuales la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios verifica el cumplimiento de los requisitos para la certificación y otros requisitos para prestadores directos previstos en los artículos 9.º y 10 del Decreto 1040, que reglamentó la Ley 1176 de 2007. Además, el Decreto 3200 de 2008 establece que los municipios que participen en el plan departamental de agua y saneamiento deberán comprometer un porcentaje mínimo del sesenta por ciento de los recursos asignados al sector de agua potable y saneamiento básico a inversiones en infraestructura y cubrimiento de subsidios. Los recursos serán transferidos de manera directa a la fiducia conformada para la ejecución del plan, de acuerdo con los procedimientos definidos por la ley. Aparentemente esto último es a voluntad de los municipios; pero si no lo hacen, pierden el apoyo de los recursos departamental y nacional para estos efectos. De igual manera, el Decreto 3003 de 2005 les estableció unos plazos a los municipios para que

89 SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, *Respuesta de 9 de junio de 2011 a derecho de petición radicado con el n.º 20115290261842*, p. 2 (s. p.).

cumplieran los requisitos especiales para ser certificados para la prestación de los servicios de salud (art. 2.º). Los que no cumplieron perdieron sus recursos en favor del departamento. El procedimiento para realizar la certificación se realiza de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4973 de 2009. Debe tenerse en cuenta que es el departamento el que realiza la certificación. Esto lo convierte en juez y parte, ya que si el municipio no es certificado, es el departamento el que asume la prestación del servicio y el manejo de los recursos correspondientes. En el sector de educación se presenta el mismo caso: el artículo 6.1.4 de la Ley 715 de 2001 determina que es competencia de los departamentos certificar a los municipios que cumplen los requisitos para asumir la administración autónoma de los recursos del Sistema General de Participaciones. El artículo 17 de la Ley 715 de 2001 ordena retener los recursos de la participación para educación de los municipios en favor de los departamentos. A octubre de 2011, solo en Antioquia había ciento diez y siete (117) municipios no certificados⁹⁰.

En resumen, como se observa, ni en Alemania ni en Colombia la interpretación jurisprudencial de las condiciones marco del ordenamiento de derecho de municipios ofrece una protección suficiente contra los procesos de recentralización administrativa, los cuales, como lo demuestra la sentencia C-149 de 2010, son inmanentes al sistema colombiano.

B. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA RECENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

A continuación se analizará si es posible encontrar una solución efectiva al reto que representan para los municipios las tendencias de recentralización administrativa. Como se indicó *ad supra*, la recentralización administrativa se entiende como la sustracción de materias de la competencia de los municipios para trasladarla a otro organismo administrativo del ámbito superior al municipal. Se puede formular la pregunta, si la aplicación consecuente del principio de proporcionalidad puede ofrecer soluciones a este fenómeno de recentralización administrativa. El principio de proporcionalidad le impone al Legislador el mandato de seleccionar un medio idóneo en la consecución de sus finalidades. No se discute que la medida de sustracción de tareas del ámbito de

90 SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE ANTIOQUIA, “Los 117 municipios no certificados”, en Centro Virtual de Noticias del Ministerio de Educación, 2011 (consultada el 20 de abril de 2013). <http://www.mineduacion.gov.co/cvn/1665/w3-article-285009.html>

competencia del municipio pueda ser una medida idónea que contribuya al aumento de la realización de fines legítimos. En la decisión Rastede, por ejemplo, se consideró la sustracción del ámbito de competencia de los municipios pertenecientes al estado federal de Baja Sajonia de la tarea de eliminación de basuras en sentido amplio; es decir, el tratamiento y el almacenamiento y depósito de basuras fomentaban el logro de los fines de mejora en la protección del ambiente, prevención de plagas y cuidado del paisaje⁹¹, pues la medida permitía que la autoridad de la comarca del estado de Baja Sajonia cerrara 2.700 vertederos de basuras que no se ajustaban a los nuevos requisitos y así pudiera reducir el número de vertederos en todo el estado federado⁹². Si bien es cierto que la sustracción de materias puede auspiciar el logro de los fines legítimos de la medida, también es cierto que pueden existir otras medidas idóneas que pueden ser aptas para lograr el fomento de los propósitos del Legislador. No se trata aquí de buscar el medio con cuya ayuda se pueda promover al máximo el cumplimiento de la finalidad perseguida. En lugar de pretender aplicar una versión fuerte del mandato de idoneidad, se considerará una versión débil de dicho mandato. La versión débil del mandato de idoneidad pregunta cuándo con su ayuda puede promoverse el logro de las finalidades deseadas⁹³. La versión débil del mandato de idoneidad tiene la ventaja de que posibilita un respeto amplio de la voluntad del Legislador legitimado democráticamente. Si se tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico alemán y el colombiano prevén una serie de herramientas que permiten la prestación de las tareas municipales configurando formas de asociación y de trabajo conjunto entre municipios, se podría considerar que estas medidas también podrían ser idóneas para lograr el fomento de los propósitos del Legislador. En los supuestos de hecho que fundamentan la decisión Rastede se puede afirmar que configurando formas de asociación y trabajo conjunto los municipios también podían promover soluciones a futuro a los problemas de eliminación de basuras de forma adecuada con la protección del ambiente. Se podría argumentar que las soluciones a dichos problemas exigen un esfuerzo elevado de planeación, de instalación y de mantenimiento; sin embargo, se debe tener en cuenta que por medio de las formas de asociación y de trabajo conjunto los municipios podrían prestar el servicio de recolección y transporte de basuras en una área

91 Tribunal Constitucional alemán, decisión de 23 de noviembre de 1988, t. 79, p. 127.

92 *Ibid.*

93 LAURA CLERICO, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 55.

espacial superior a la meramente local con una evidente reducción de dichos esfuerzos técnicos, de equipos, de personal y de organización. También se debe tener en cuenta que varios municipios unidos en una forma de asociación o de trabajo conjunto podrían ordenar el cierre de los vertederos de basuras que no se ajusten a los requisitos legales y así poder reducir el número de vertederos. Tanto la sustracción de materias como las formas de asociación y trabajo conjunto se erigen, entonces, en el caso concreto, como candidatos positivos. Es decir, ambos medios pueden de forma plausible fomentar las finalidades perseguidas por el Legislador. El principio de proporcionalidad le impone al Legislador el mandato, en la selección entre medios igualmente idóneos en la consecución del interés general, de escoger el medio que menos afecte la garantía protegida. El principio de proporcionalidad exige un análisis de la relación entre los medios alternativos tomando como criterio la correspondiente afectación de la correspondiente garantía y el fin perseguido por la medida. En este punto se debe poner de presente que la implementación de las medidas de sustracción de materias del campo de tareas del municipio limita el ejercicio de la garantía de administración autónoma y de autonomía de los municipios, porque se le niega competencia al municipio para la prestación del servicio o la ejecución de tareas que tradicionalmente venía realizando. Si se compara el medio de sustraer de la tarea del ámbito de competencia del municipio con el de ordenar la configuración de una de las formas de asociación y de trabajo conjunto entre municipios, teniendo en cuenta como parámetro de medida⁹⁴ el fomento de la finalidad perseguida y la prevención de afectación de la garantía de administración autónoma y de autonomía del municipio, se puede observar que la configuración de formas de asociación o de trabajo conjunto entre municipios es un medio idóneo menos restrictivo, con respecto a la sustracción de materias, para lograr el fin propuesto, porque la tarea permanece en la competencia municipal y se impide la pérdida de una serie de tareas que venían siendo prestadas por el municipio. Por otro lado, la permanencia de la tarea administrativa en el campo de protección de la garantía de administración autónoma y de autonomía de los municipios promueve de forma amplia la participación del ciudadano en el ejercicio y control de la tarea administrativa correspondiente. Aun cuando se puede argumentar que la búsqueda de configuración de una asociación o de una forma de trabajo conjunto de municipios promueve en menor medida la finalidad perseguida por el Legislador que la

94 *Ibid.*, p. 78.

sustracción de tareas del ámbito de protección del municipio, este fomento menor puede ser compensado⁹⁵ por la minimización de la afectación de la garantía de administración autónoma y de la autonomía de los municipios. Dado que la configuración de formas de asociación o de trabajo conjunto entre municipios es un medio idóneo menos restrictivo con respecto a la sustracción de materias, y por ello es fundamentalmente un medio necesario, se puede afirmar que dentro del examen de proporcionalidad de la medida de sustracción de materias y concretamente en el análisis de “necesariedad” de la mencionada medida, se debería analizar si el Legislador expresó los argumentos por los cuales otros medios alternativos, como los que podrían ser la configuración de asociaciones y formas de trabajo conjunto de municipios, fueran desechados por no ser lo suficientemente efectivos⁹⁶ frente a la medida elegida por el Legislador. En caso contrario, el medio empleado de la sustracción de tareas no sería proporcional. No es posible afirmar que exista “el principio de proporcionalidad” como un principio universal válido para la generalidad; por el contrario, este debe desarrollarse específicamente en cada campo normativo⁹⁷. De la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de la garantía constitucional de administración propia y de autonomía de los municipios, se puede extraer una regla de primacía de los mecanismos de cooperación y de trabajo conjunto entre municipios sobre medidas que tengan como efecto la sustracción de materias del ámbito de competencia del municipio. Así pues, dicha sustracción de tareas solo sería posible cuando, ya sea por voluntad de los mismos municipios o por sugerencia del Estado, se buscó configurar un mecanismo de cooperación que permitiera que la tarea permaneciera en el campo de tareas del municipio⁹⁸. La regla de primacía del principio de cooperación, que contiene un mandato de verificación de formas asociativas antes de la medida de sustracción de materias, tiene su fundamento jurídico-constitucional, entonces, en el principio de proporcionalidad. Esto concuerda además con el entendimiento de la garantía institucional de administración propia y de autonomía municipal como un mandato de configuración⁹⁹.

95 *Ibid.*, p. 79.

96 *Ibid.*, p. 77.

97 WALTER KREBS, “Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung”, *op. cit.*, p. 233.

98 JOHANN CHRISTIAN PIELOW, *op. cit.*, p. 282.

99 *Ibid.*, p. 247.

En Colombia, prueba de que el Estado propende a la búsqueda de configuración de asociaciones y formas de trabajo conjunto entre municipios son los siguientes preceptos normativos: la LOOT dispone en el artículo 3.º numeral 13 (concordante con el art. 4.º de la Ley 1551 de 2012) el principio de asociatividad, de acuerdo con el cual el ordenamiento territorial debe propiciar la formación de asociaciones entre las entidades territoriales (definidas en el art. 14 de la misma ley) e instancias de integración al territorio. El artículo 21 LOOT, por su parte, señala como objetivo de la legislación territorial promover la acción conjunta y articulada de los niveles de gobierno mediante alianzas y asociaciones. También el artículo 19, inciso 2, de la Ley 617 de 2000, es expresión de la idea fundamental de la regla, ya mencionada, de prelación de la configuración de formas de cooperación y de trabajo conjunto entre municipios sobre otras intervenciones más restrictivas a la garantía de autonomía municipal. El artículo 19 de la mencionada ley señala que si se incumplen los límites determinados en sus artículos 6.º y 10, el municipio deberá adelantar un programa de saneamiento fiscal y que si al término de tal programa y de los posteriores planes de ajuste no se ha logrado cumplir con los límites legales, se podrá fusionar el municipio o distrito correspondiente, para lo cual se establecen algunas condiciones. El inciso 2 del artículo 19 de la mencionada ley 617 de 2000 establece como uno de los instrumentos que el plan de ajuste puede prever la asociación con otros municipios para la prestación de los servicios a su cargo, la ejecución de obras o el cumplimiento de sus funciones administrativas. Como se observa, los citados mecanismos de cooperación y trabajo conjunto son medidas que la Asamblea Departamental debe incluir en el plan de ajuste, después de recibir el informe sobre la situación fiscal del municipio de parte de la oficina de planeación departamental o del organismo que haga sus veces.

En Alemania, prueba de que el Estado puede buscar e incluso ordenarle al municipio configurar asociaciones y formas de trabajo conjunto entre municipios son los siguientes textos legales: de acuerdo con el parágrafo 134, inciso 4, numeral 1, CMEB, el Ministerio del Interior competente puede ordenar la formación y el cambio por motivos del bien común, de acuerdo con los parámetros de la mencionada Constitución municipal, de los así denominados *Ämter*. Estos son, de acuerdo con el parágrafo 133, inciso 1, CMEB, corporaciones de derecho público compuestas de municipios de la misma comarca. Estas corporaciones valen como asociaciones de municipios. Otros ejemplos que prueban que nuestras hipótesis son correctas son el parágrafo 13, inciso 1, y el parágrafo 26, inciso 1, de la ley sobre trabajo conjunto de municipios en el estado federal de Brandeburgo (LTCEB). De acuerdo con el primer precepto,

la autoridad de control le puede imponer al municipio un término prudencial para que forme una así denominada *Zweckverband* (asociación de interés) o la anexión a una asociación de intereses, ya existente, para la ejecución de tareas obligatorias que se le imponen por medio de un precepto legal cuando por motivos del bien común lo exija con urgencia. Según el parágrafo 26, inciso 1, LTCEB, si el cierre de un convenio para el cumplimiento o ejecución de una tarea obligatoria particular, que se les impone a los municipios o a las asociaciones de municipios por conducto de un precepto legal, se exige por motivos del bien común, puede la autoridad de control imponer un plazo razonable para dicho cierre. Como se observa, los preceptos normativos citados, por un lado, establecen la posibilidad de que la autoridad administrativa competente le ordene al municipio participar en una forma de asociación o de trabajo conjunto, y por otro lado condicionan la decisión de la autoridad administrativa al logro de una finalidad constitucionalmente legítima; en el caso concreto, los motivos del bien público. Los motivos del bien común son, entonces, en este caso, determinantes en el proceso de toma de decisión de la autoridad administrativa. La decisión administrativa tendrá por ello, en el proceso de toma de decisión en el caso concreto, que examinar que la medida consistente en la orden de hacer uso de una de las forma de asociación o de trabajo conjunto de municipios promueva el logro de la satisfacción del bien común. La exigencia de que ese fin no pueda alcanzarse con otro medio pertenece al mandato de “necesariedad”, que como ya se indicó, tiene como presupuesto lógico examinar el mandato de idoneidad. El campo de configuración discrecional de la Administración pública en estos casos entonces está determinado por un juicio de proporcionalidad.

CONCLUSIONES

En conclusión, se confirmó la tesis inicial según la cual el principio de proporcionalidad (aunque no en toda su extensión) es aplicable en las relaciones entre el Estado y los municipios. Así las cosas, la aplicación consecuente del principio de proporcionalidad, del cual se derivaría un mandato de optimización¹⁰⁰ al Legislador de propender a configurar formas organizativas de cooperación puede erigirse en un mecanismo de protección efectivo de la garantía de admi-

¹⁰⁰ Sobre este mandato, *cf.* EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Zum staatsrechtlichen Prinzip”, *op. cit.*, p. 263.

nistración autónoma y de autonomía municipal, en especial frente a los retos que representan las tendencias cada vez más crecientes de recentralización de las tareas municipales en Colombia y en Alemania.

BIBLIOGRAFÍA

CLERICO, LAURA, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001.

HEUSCH, ANDREAS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Berlín, Duncker, 2003.

KREBS, WALTER, *Kommunalrecht*, Berlín, 2005, s. p.

KREBS, WALTER, “Verfassungsrechtlicher Verortung und Anwendung des Übermassverbotes”, en *Jura*, t. XXIII, 2001.

LEIBHOLZ, GERHARD, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlín, Verlag von Otto Liebmann, 1925.

LEMUS CHOIS, VÍCTOR, *Planificación y control urbanístico*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.

PIELOW, JOHANN CHRISTIAN, *Autonomia local in Spanien und kommunale Selbstverwaltung in Deutschland*, Múnich, Vahlen, 1992.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, “Kommunale Selbstverwaltung nach Rastede”, en E. Franzen (ed.), *Bürger-Richter, Staat: Festschrift für Horst Sendler*, Múnich, Beck, 1991.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, “Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung”, en Peter Badura y Peter Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. II, Tübinga, Mohr Siebeck, 2001.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, “Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung”, en Peter Selmer y Ingo von Münch (eds.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlín, De Gruyter, 1987.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, “Kommunalrecht”, en E. Schmidt-Assmann (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14.^a ed., Berlín, De Gruyter Recht, 2004.

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE ANTIOQUIA, “Los 117 municipios no certificados”, en Centro Virtual de Noticias del Ministerio de Educación, 2011 (consultado el 20 de abril de 2013). <http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/w3-article-285009.html>

SEEWALD, OTFRIED, “Kommunalrecht”, en Udo Steiner (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8.^a ed., Berlín, C. F. Müller, 2006.

STERN, KLAUS, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2.^a ed., t. I, Múnich, Beck, 1984.

ZAFRA ROLDÁN, GUSTAVO, “Informe ponencia para primer debate en plenaria del ordenamiento territorial”, en *Gaceta Constitucional*, n.º 80.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sentencia C-192 de 1997.

Corte Constitucional, Sentencia C-275 de 1996.

Corte Constitucional, Sentencia C-318 de 2010.

Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2000.

Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia C-837 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-937 de 2010.

Corte Constitucional, Sentencia C-837 de 1991

BVerfG, decisión de 23 de noviembre de 1988, t. 79, pp. 127-161.

BVerfG, decisión de 31 de octubre de 1990, t. 83, p. 37-59

BVerfG, decisión de 12 de julio de 1960, t. 11, pp. 266-277.

BVerfG, decisión de 24 de junio de 1969, t. 26, p. 228-245.

BVerfG, decisión de 7 de octubre de 1980, t. 56, p. 298-353.

BVerfG, decisión de 23 de junio de 1987, t. 76, p. 107-124.